

University of Groningen

Een weg uit de doolhof?

de Graaf, K.J.; Marseille, A.T.

Published in:
Nederlands Juristenblad

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2007

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):
de Graaf, K. J., & Marseille, A. T. (2007). Een weg uit de doolhof? Het Voorontwerp overheidsaansprakelijkheid gewogen. *Nederlands Juristenblad*, 32, 2010-2017.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

EEN WEG UIT DE DOOLHOF?

Het Voorontwerp overheidsaansprakelijkheid gewogen

1682 *Mr. K.J. de Graaf en mr. A.T. Marseille*

Kars de Graaf en Bert Marseille zijn werkzaam bij de vakgroep bestuursrecht en bestuurskunde van de Rijksuniversiteit Groningen. Met dank aan Leo Damen.

Het is geen sinecure om door overheidshandelen geleden schade vergoed te krijgen. De procedures die moeten worden doorlopen, zouden te ingewikkeld zijn, niet goed op elkaar zijn afgestemd, te veel drempels bevatten en te lang duren, met als gevolg dat schadevergoedingsclaims tegen de overheid niet of slechts met bovenmatige inspanningen kunnen worden verzilverd.¹ Biedt het recent uitgebrachte Voorontwerp tot wijziging van de Awb uitkomst?

Sinds de invoering van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) bestaat er discussie over de procedurele afwikkeling van tegen de overheid gerichte schadeclaims. Twee jaar geleden, op het hoogtepunt van de discussie, heeft de Minister van Justitie een Studiegroep ingesteld om hem van advies te dienen over de knelpunten die zich in de praktijk voordoen bij schadevergoeding wegens onrechtmatig en rechtmatig overheidsoptreden.² Die Studiegroep, bestaande uit rechters, ambtenaren, wetenschappers, een advocaat en een advocaat-generaal, is eind mei van dit jaar met haar advies gekomen. Het is gegoten in de vorm van een Voorontwerp van een wijziging van de Awb, compleet met memorie van toelichting.³

In dit artikel bespreken wij het Voorontwerp. Twee vragen staan centraal. De eerste vraag is: hoe denkt de Studiegroep het verkrijgen van vergoeding van door overheidshandelen veroorzaakte schade te ver-

eenvoudigen? De tweede vraag: leiden de voorstellen van de Studiegroep tot een meer coherente en beter werkbare schadeprocedure? We beantwoorden beide vragen zowel voor schade ten gevolge van onrechtmatig overheidsoptreden, als voor schade ten gevolge van rechtmatig overheidsoptreden. Maar om te beginnen beschrijven we kort de problemen die worden ervaren bij het verkrijgen van schadevergoeding.

1. HET DOOLHOF: PROBLEMATISCHE ASPECTEN VAN HET OVERHEIDS-AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT

Over de procedures ter verkrijging van schadevergoeding wegens rechtmatig en onrechtmatig overheids-handelen bestaat grote onvrede.⁴ Ze worden gezien als een doolhof waarvan de uitgang te vaak onvindbaar is. Op het gevaar af belangrijke bezwaren ongenoemd te laten, noemen wij zes breed ervaren tekortkomingen.⁵

1. Zie bijvoorbeeld: B.J. Schueler, *Schadevergoeding en de Awb*, Deventer: Kluwer 2005, p. 68-69; B.P.M. van Ravels, 'Wederom: tot schade van allen!', *BR* 2005, 118, p. 518-524.
2. Zie *NJB* 2005, p. 978.
3. Het betreffende Voorontwerp Awb en de memorie van toelichting is te vinden op www.justitie.nl/Awb.
4. Zie voor de wellicht meest welbespraakte verwoording daarvan: G.E. van Maanen & R.J.N. Schlössels, 'Vernietigde besluiten en schadevergoeding. Een Maastrichts-Nijmeegse revolutie?', *Gst.* 2004/7203, 39, p. 139-144.
5. Zie onder meer: J.E.M. Polak e.a., *De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid (rapport van de VAR-Commissie Rechtsbescherming)*, Den Haag: BJu 2004, p. 74-75 en 79 e.v.

- (i) Als schade is geleden ten gevolge van een bij de bestuursrechter appellabel besluit, vormt de herroeping (door het bestuur in reactie op een bezwaarschrift) of de vernietiging (door de rechter in reactie op een beroepschrift) van dat besluit een noodzakelijke voorwaarde voor het verkrijgen van schadevergoeding. Deze door burgerlijke en bestuursrechter gestelde voorwaarde kan een formidabele belemmering vormen voor het honoreren van op zichzelf gerechtvaardigde schadevergoedingsclaims. Immers, wordt het schadeveroorzakende besluit niet herroepen of vernietigd, bijvoorbeeld omdat er geen rechtsmiddelen tegen

zijn aangewend, dan wordt het – ingevolge het leerstuk van de formele rechtskracht – geacht rechtmatig te zijn, en is het verkrijgen van schadevergoeding zo goed als uitgesloten.⁶

- (ii) Een geschil over de vergoeding van schade die het gevolg is van een door de bestuursrechter vernietigd appellabel besluit, kan naar keuze worden voorgelegd aan de burgerlijke of aan de bestuursrechter.⁷ Die keuzevrijheid betekent een uitzondering op de hoofdregel dat een rechter bij uitsluiting bevoegd is te oordelen over een geschil.
- (iii) Indien de oorzaak van de schade deels is gelegen in een bij de bestuursrechter (on)rechtmatig appellabel besluit, deels in andere (on)rechtmatige niet appellabele handelingen van het bestuur⁸, kan een schadevergoedingsclaim niet in zijn geheel aan de bestuursrechter worden voorgelegd, maar moet ook de burgerlijke rechter worden benaderd.
- (iv) Voor zover de reactie van het bestuur op een verzoek om schadevergoeding valt aan te merken als een zelfstandig schadebesluit, kan daarover slechts een oordeel van de bestuursrechter worden verkregen, als tegen dat zelfstandig schadebesluit tijdig bezwaar en beroep is ingesteld. De uitspraak van de bestuursrechter op een dergelijk beroep houdt echter niet altijd een definitief oordeel in over de hoogte van de schadevergoeding, maar kan ook de vernietiging van het zelfstandig schadebesluit inhouden, gekoppeld aan de opdracht aan het bestuur om een nieuw besluit te nemen. Definitieve beslechting van het geschil over de schade laat aldus op zich wachten.
- (v) Als de bestuursrechter het beroep tegen een bestuursbesluit gegrond verklaart en op verzoek van de appellant een beslissing neemt op diens accessoire schadevergoedingsverzoek ex artikel 8:73 Awb, houdt die beslissing bijna nooit een definitief oordeel in over de schadeclaim, omdat nog onduidelijk is of causaal verband bestaat tussen de schade en het vernietigde besluit, laat staan dat duidelijk is of de geschonden norm (mede) strekt tot bescherming tegen de schade zoals de appellant die heeft geleden.⁹ Bovendien biedt artikel 8:73 Awb geen uitkomst in het geval het bestuur het primaire besluit in bezwaar herroept, de beslissing op bezwaar intrekt of de onrechtmatigheid van het besluit erkent.
- (vi) Neemt het bestuur een beslissing op een verzoek om nadeelcompensatie (oftewel: een verzoek om vergoeding van schade die is veroorzaakt door een rechtmatige overheidsdaad)¹⁰ en is de oorzaak van het ondervonden nadeel *niet* een appellabel besluit, dan is de reactie van het bestuur soms wel en soms niet een bij de bestuursrechter appellabel besluit. Dat hangt af van de vraag of er een wettelijke regeling of een beleidsregel is die voorziet in nadeelcompensatie. Is dat het geval, dan is de reactie op het verzoek een besluit waar-

Het Voorontwerp verandert niets aan de situatie dat soms de bestuursrechter bevoegd is te oordelen over schadeclaims, soms de civiele rechter, en soms beiden.

tegen bezwaar en beroep openstaat.¹¹ Maar is dat niet het geval, dan is de reactie van het bestuur geen appellabel besluit en moet de benadeelde zich tot de civiele rechter wenden. Dat is onder meer onbevredigend omdat het bestuur, door ter zake van nadeelcompensatie al dan niet beleidsregels op te stellen, tevens kan bepalen of bij de bestuursrechter of de civiele rechter kan worden opgekomen tegen een beslissing op een verzoek om compensatie van nadeel dat is veroorzaakt door niet-appellabele handelingen.

Bovenstaande vormt een weergave van de knelpunten die breed ervaren worden bij het verkrijgen van schadevergoeding voor rechtmatige en onrechtmatige overheidsdaad. Is het de Studiegroep gelukt om met vereende krachten tot een Voorontwerp te komen dat een oplossing biedt voor al deze problemen?

2 DE STUDIEGROEP OVER SCHADE: HET SYSTEEM OP DE SCHOP, MAAR MET WELK DOEL?

2.1. Het voorstel van de Studiegroep

Bij eerste lezing van het Voorontwerp lijkt het erop dat de problemen bij het verkrijgen van schadevergoeding voortvarend worden aangepakt. Echter, schijn bedriegt. Nadere bestudering leert namelijk dat bij de Studiegroep veel hetzelfde blijft, terugkomt in een

6. Zie daarover Schueler 2005, p. 98-128.

7. Op grond van ABRvS 6 mei 1997, AB 1997, 229, m.nt. Van Buuren (Van Vlodrop) en HR 19 december 1999, NJ 2000, 87 (Groningen/Raatgever).

8. Om de zaken eenvoudig te houden, spreken we in het vervolg van besluiten als het gaat om besluiten en handelingen waartegen beroep bij de bestuursrechter openstaat en van handelingen als sprake is van besluiten en handelingen waarvoor geldt dat de bestuursrechter niet bevoegd is daarover te oordelen.

9. Zie over het vereiste causaal verband ABRvS 15 december 2004, NA 2004, 264 en ABRvS 15 december 2004, JB 2005/58, m.nt. Schlössels; zie over het zogenoemde relativiteitsvereiste o.a. HR 7 mei 2004, AB 2005, 127, m.nt. Van Ommeren.

10. Wij spreken in het vervolg over het compenseren van nadeel dat is veroorzaakt door een rechtmatige daad en over het vergoeden van schade die is veroorzaakt door een onrechtmatige daad.

11. Art. 49 WRO is een voorbeeld van een wettelijke regeling. ABRvS 14 mei 1986, AB 1986, 568, m.nt. Van Wijnen (Metroschade Rotterdam) biedt een voorbeeld van een beleidsregel.



andere gedaante of buiten de discussie wordt gehouden. Zo worden geschillen over schadevergoeding niet geconcentreerd bij de bestuursrechter of bij de civiele rechter, maar houden beide rechters een taak. De bestaande keuzemogelijkheid tussen bestuursrechter en civiele rechter wordt beperkt, maar verdwijnt niet. De bevoegdheid van de bestuursrechter wordt uitgebreid, maar slechts in geringe mate. Het hevig bekritiseerde artikel 8:73 Awb wordt geschrapt, maar komt terug in de vorm van een nieuw artikel 8:91 Voorontwerp Awb. Het grootste knelpunt, de vernietiging van een bestuursbesluit als noodzakelijke voorwaarde voor het verkrijgen van schadevergoeding, wordt niet aangepakt. Al met al stelt het Voorontwerp enigszins teleur.¹² Wat houden de voorstellen van de Studiegroep concreet in? Ze betreffen in hoofdzaak wijziging van hoofdstuk 8 van de Awb, waarin de procedurele gang van zaken bij de bestuursrechter is geregeld. De voorstellen van de Studiegroep zien op de rechtsmachtverdeling tussen bestuursrechter en civiele rechter, de reikwijdte van de bevoegdheid van de bestuursrechter en de procedurevorm bij bestuursrechter.

Rechtsmachtverdeling

Het Voorontwerp verandert niets aan de situatie dat soms de bestuursrechter bevoegd is te oordelen over schadeclaims, soms de civiele rechter, en soms beiden. Bij wie een gelaedeerde met zijn vordering terecht kan, wordt in het Voorontwerp deels bepaald door welke rechter bevoegd was te oordelen over het schadeveroorzakende besluit, deels door welke rechter het meest geschikt wordt geacht te oordelen over de schadeclaim en deels door de voorkeur van de betrokkene.

Is de schade veroorzaakt door een besluit van het bestuur waarover de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State of het College van Beroep voor het bedrijfsleven in hoogste instantie oordeelt en bedraagt de vordering € 5000 of minder, dan heeft de gelaedeerde de keuze. Hij kan zich direct wenden tot de rechterlijke instantie waarbij beroep tegen het schadeveroorzakende besluit openstond, maar ook tot de civiele rechter. Is de schade echter veroorzaakt door een besluit waarover de Afdeling of het College van Beroep voor het bedrijfsleven in hoogste instantie oordeelt en bedraagt de vordering meer dan € 5000, dan is de civiele rechter bij uitsluiting bevoegd kennis te nemen van de vordering. Is de schade veroorzaakt door een besluit waarover de Centrale Raad van Beroep of de Hoge Raad (belastingkamer) in hoogste instantie oordeelt, dan is de bestuursrechtelijke instantie waarbij

¹² De Studiegroep geeft soms expliciet aan dat zij niet de pretentie heeft een bepaald probleem op te lossen, zie bijvoorbeeld Voorontwerp Awb, p. 42 (par. III.3.5) over de problematiek die aan de orde is in HR 9 september 2005, AB 2006, 286, m.nt. Van Ommeren (Kuijpers/Valkenswaard).

beroep tegen het schadeveroorzakende besluit openstond exclusief bevoegd.

Reikwijdte bevoegdheid bestuursrechter

Voor zover de bestuursrechter bevoegd is te oordelen over schadeclaims die betrekking hebben op onrechtmatig overheidshandelen, wordt zijn bevoegdheid uitgebreid. Behalve over schade als gevolg van besluiten waarvan de onrechtmatigheid is vastgesteld (hetzij door een vernietiging wegens strijd met het recht door de bestuursrechter, hetzij door een impliciete¹³ of expliciete erkenning van de onrechtmatigheid door het bestuur)¹⁴, zal hij ook mogen oordelen over schadeclaims die betrekking hebben op onrechtmatige handelingen *ter voorbereiding van* een onrechtmatig besluit.

Procedurevorm

Als het aan de Studiegroep ligt, staat in de discussie bij de bestuursrechter over schadevergoeding niet langer een besluit van het bestuur centraal, maar een verzoek van de gelaedeerde. Op dit moment kan de bestuursrechter op twee manieren worden benaderd: door een verzoek om schadevergoeding ex artikel 8:73 Awb, in het kader van een beroepsprocedure tegen een besluit van het bestuur, of door het instellen van beroep tegen een zelfstandig schadebesluit. In het Voorontwerp vervallen beide mogelijkheden en is een bestuurlijke fase niet langer noodzakelijk.¹⁵ De gelaedeerde kan zich direct tot de bestuursrechter wenden met het verzoek het bestuur te veroordelen tot vergoeding van de schade die hij heeft geleden als gevolg van een door de bestuursrechter vernietigd besluit. Voorwaarde is dat hij niet langer dan vijf jaar – de normale verjaringstermijn voor dergelijke vorderingen – wacht met het indienen van het verzoekschrift bij de bestuursrechter en dat hij ten minste acht weken voor het indienen van zijn verzoekschrift aan het bestuur vraagt de door hem geleden schade te vergoeden.

De verzoekschriftprocedure is gemodelleerd naar de beroepschriftprocedure zoals die in hoofdstuk 8 van de Awb is te vinden. Het belangrijkste inhoudelijke verschil betreft de uitspraakbevoegdheden van de bestuursrechter. Een beroep kan de rechter *ongegron*d of *gegron*d verklaren. In het laatste geval wordt het besluit vernietigd en moet het bestuur opnieuw een beslissing nemen, waardoor het geschil over de schadevergoeding voortduurt.¹⁶ In de voorgestelde verzoekschriftprocedure kan de bestuursrechter het verzoek geheel of gedeeltelijk *toewijzen* of *afwijzen*. Welke beslissing de rechter ook neemt, steeds is aan het eind van de procedure voor partijen duidelijk of, en zo ja, hoeveel het bestuursorgaan aan de gelaedeerde is verschuldigd.

2.2. Het voorstel van de Studiegroep gewogen

De voorstellen van de Studiegroep zijn gebaseerd op een analyse van de bestaande bestuursrechtelijke schadevergoedingsprocedures. Die analyse leidt tot de

conclusie dat de bestaande procedures onlogisch en onwerkbaar zijn. Onlogisch? Wellicht. Maar onwerkbaar? Die conclusie is klaarblijkelijk gebaseerd op het beeld dat de Studiegroep heeft van het functioneren van die procedures. Dat is uitgesproken negatief. Zonder gespecialiseerde en kostbare juridische bijstand zou in de meeste gevallen niet goed zijn te bepalen bij welke rechter men terecht moet.¹⁷ Voorts zouden partijen vaak de weg naar de civiele rechter verkiezen boven een procedure bij de bestuursrechter omdat ze het bestuursprocesrecht daarvoor minder geschikt achten.¹⁸ Bovendien zou er een breed gevoelde behoefte zijn aan een schadeverzoekschriftprocedure bij de bestuursrechter.

Klopt het beeld dat de Studiegroep heeft van het functioneren van de schadeprocedures? Misschien wel, maar misschien ook niet. Zeker is slechts dat we nauwelijks iets weten over hoe bestuursrechtelijke schadevergoedingsprocedures gemiddeld genomen,

***Te vrezen valt dat de voorgestelde
rechtsmachtverdeling niet alleen
onlogischer is dan de huidige, maar
ook minder gebruikersvriendelijk.***

functioneren. Hoe vaak wordt bij de bestuursrechter geprocedeerd tegen zelfstandige schadebesluiten? Hoe vaak komen gelaedeerden bij de verkeerde rechter terecht? Hoe vaak zien ze af van het indienen van een schadeclaim omdat ze door de bomen het bos niet meer zien? Hoe vaak mislukken pogingen een claim te verzilveren door procedurele fouten, te wijten aan het onlogische en onwerkbare systeem? Dat is allemaal onbekend.

Als we er desondanks – voor het gemak – vanuit gaan dat de analyse van de Studiegroep klopt, is de vraag vervolgens: leidt het Voorontwerp tot een logischer en beter werkbaar systeem van schadevergoedingsprocedures? Op alle drie de kernpunten van het Voorontwerp (rechtsmachtverdeling, reikwijdte van de bevoegdheid,

13. Al dan niet blijkend uit de afloop van de bezwaarprocedure of het intrekken van het besluit.

14. Zie art. 8:88 en 8:93, onder b, Voorontwerp Awb.

15. Dat blijkt uit het Voorontwerp Awb onder B (dat voorziet in het uitsluiten van beroep tegen een zelfstandig schadebesluit door invoering van art. 8:4 onder n Awb) en C (dat voorziet in het schrappen van art. 8:73 en 8:73a Awb).

16. Dat is alleen anders als de rechter met toepassing van art. 8:72 lid 4 Awb zelf in de zaak voorziet, door na de vernietiging van het zelfstandig schadebesluit te bepalen dat zijn uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde besluit en aldus de hoogte van de schadevergoeding vaststelt.

17. Voorontwerp Awb, p. 9 (par. I.1).

18. Voorontwerp Awb, p. 37 (par. III.3.1).

procedurevorm) hebben we onze twijfels.

Rechtsmachtverdeling

De huidige rechtsmachtverdeling kan als onlogisch worden gezien, omdat een uitzondering wordt gemaakt op het uitgangspunt dat er steeds maar één rechterlijke instantie is waar een rechtzoekende met een bepaalde vordering terecht kan. Het Voorontwerp maakt geen einde aan die anomalie. De keuzevrijheid tussen de civiele en de bestuursrechter vervalt weliswaar voor een groot aantal geschillen, maar blijft voor een substantiële categorie geschillen gewoon bestaan. Het voorontwerp voegt daarnaast een onlogisch aspect aan de rechtsmachtverdeling toe. Waar op dit moment voor alle geschillen over schade als gevolg van een onrechtmatig appellabel besluit gekozen kan worden tussen bestuursrechter en civiele rechter, komt het voorontwerp met een driedeling: soms is de bestuursrechter de enige optie, soms de civiele rechter, soms heeft de gelaedeerde de keuze. In het geval er geen keuze is, wordt het antwoord op de vraag 'bestuursrechter of civiele rechter?' bepaald door welk gerecht

viele rechter moeten, en eenvoudige naar de bestuursrechter. Als dat zo is, zij opgemerkt dat de Centrale Raad van Beroep (die bevoegd blijft) ook ingewikkelde schadezaken behandelt en de Afdeling bestuursrechtsspraak (die voor een groot deel niet langer bevoegd zal zijn) ook eenvoudige.¹⁹ Bovendien zijn geschillen over vorderingen van meer dan € 5000 (die deels bij de civiele rechter terechtkomen) niet noodzakelijk ingewikkelder dan vorderingen over lagere bedragen (waarover de bestuursrechter kan oordelen).

Dat de voorgestelde rechtsmachtverdeling niet helemaal logisch is, of helemaal niet logisch, hoeft geen bezwaar te zijn, als er maar iets tegenover staat. Bijvoorbeeld dat het leidt tot een beter werkbaar systeem. Te vrezen valt echter dat de voorgestelde rechtsmachtverdeling niet alleen onlogischer is dan de huidige, maar ook minder gebruikersvriendelijk. Want wat er ook gezegd kan worden over de huidige rechtsmachtverdeling, het feit dat de bevoegdheid van de bestuursrechter om over schadegechillen te oordelen, niet afdoet aan de bevoegdheid van de civiele rechter, betekent dat de gelaedeerde – procedureel gezien – op

Het vergt een scherpe, vooruitziende blik om zich te realiseren dat een bepaald besluit schade zal veroorzaken en dat daartegen nu bezwaar moet worden gemaakt.

in laatste aanleg bevoegd is om over het schadeveroorzakende besluit te oordelen. Het is al niet gemakkelijk te bedenken waarom dat de eenvoud ten goede zou komen, laat staat om te bedenken wat de ratio van dat criterium is. Want waarom zou de geschiktheid van een bepaalde rechterlijke instantie om over schadegechillen te oordelen, geheel en al overeenkomen met welke bestuursrechter in laatste instantie bevoegd is te oordelen over het schadeveroorzakende besluit? Misschien is het onuitgesproken uitgangspunt van de Studiegroep dat ingewikkelde geschillen naar de ci-

dit moment niet snel op het verkeerde paard zal wedden. In het nieuwe systeem zal het, om bij de juiste rechter terecht te komen, in ieder geval noodzakelijk zijn dat de gelaedeerde weet welk gerecht in laatste instantie bevoegd is te oordelen over het besluit waardoor hij schade heeft geleden. Bovendien moet je goed nadenken over de hoogte van het bedrag dat je vordert.²⁰ Wellicht is dat ook niet heel moeilijk, maar op zijn minst is het even gecompliceerd als in de huidige situatie.

Reikwijdte bevoegdheid bestuursrechter

Het Voorontwerp beoogt verbod van schadegechillen over verschillende rechters te beperken door te bepalen dat de bestuursrechter die bevoegd is te oordelen over schade als gevolg van een onrechtmatig besluit, ook bevoegd is te oordelen over schade die het gevolg is van een onrechtmatige²¹ handeling *ter voorbereiding van* een onrechtmatig besluit. Of dat verbod van schadegechillen zal voorkomen, lijkt vooral afhankelijk van de bereidheid van de bestuursrechter om het criterium 'handeling ter voorbereiding van een onrechtmatig besluit' ruim uit te leggen.²² Gezien de context waarin de rechter over een dergelijke handeling en de daardoor veroorzaakte schade zal oordelen (namelijk de oordeelsvorming over vergoeding van schade die het gevolg is van het onrechtmatig besluit waaraan

19. Zie bijvoorbeeld CRvB 7 april 1999, JB 1999/124, m.nt. Smits; CRvB 9 september 2003, AB 2003, 418, m.nt. Bröring; ABRvS 28 februari 2007, 200606016.

20. Ook C.N.J. Kortmann, 'Het voorontwerp schadevergoeding wegens onrechtmatige besluiten: een probaat middel tegen procespijn', O&A 2007, p. 129-135, die gezien zijn eerdere publicaties (zie onder meer: 'De slechte naam van juristen', NJB 2005, p. 2139 e.v.) verrassend positief over het voorstel is, signaleert dit probleem.

21. Zien wij het goed, dan moet de onrechtmatigheid van die handeling door de bestuursrechter worden vastgesteld in de verzoekschriftprocedure, terwijl de onrechtmatigheid van het besluit meestal zal worden vastgesteld in de beroepschriftprocedure.

22. De Studiegroep suggereert dat de bestuursrechter nu al ruimhartig is (Voorontwerp Awb p. 42 (par. III 3.5)), maar ABRvS 11 januari 2006 (JB 2006/55, m.nt. Van Maanen) wijst veeleer op het tegendeel.

Het meest verrassende van het Voorontwerp is dat aan degene die nadeelcompensatie voor een rechtmatige daad wenst, de genoegens van de verzoekschriftprocedure worden onthouden.

de handeling gelieerd is), is niet te verwachten dat de rechter dat begrip ruim zal interpreteren. Voor degene die op de bestuursrechter is aangewezen voor de vergoeding van schade die mede het gevolg is van een besluit, blijft bovendien het risico bestaan dat hij voor een deel van zijn vordering alsnog naar de civiele rechter moet. Hij kan er, anders dan nu het geval is, niet meer voor kiezen zijn claim in zijn geheel aan de civiele rechter voor te leggen.

Procedurevorm

In hoeverre is de gelaedeerde geholpen met het verdwijnen van het zelfstandig schadebesluit en de procedure ex artikel 8:73 Awb, onder de gelijktijdige invoering van een zelfstandige schadeverzoekschriftprocedure? Op één punt is zeker sprake van winst. Dat betreft het wegvallen van de korte bezwaar- en beroepstermijnen. De betekenis daarvan moet echter niet worden overschat. Voor bestuursbesluiten geldt weliswaar in het algemeen dat de korte termijnen een struikelblok kunnen vormen voor het verkrijgen van rechtsbescherming, maar bij zelfstandige schadebesluiten vorm dit geen groot probleem. Immers, het *aanvragen* van een zelfstandig schadebesluit is niet aan een korte termijn gebonden, en ook zonder de bezwaar- en beroepstermijn voor het zelfstandig schadebesluit resteren er vele fatale termijnen op de weg naar honorering van een schadeverzoek door de rechter. De belangrijkste is de termijn waar schadeclaims waarschijnlijk het vaakst op stuklopen: die van bezwaar tegen het schadeveroorzakende besluit. Het vergt dikwijls een scherpe, vooruitziende blik om zich te realiseren dat een bepaald besluit schade zal veroorzaken en dat daartegen – om te voorkomen dat een toekomstige claim in de kiem wordt gesmoord – nu bezwaar moet worden gemaakt. Het werkelijke termijnprobleem ligt dus niet bij het zelfstandig schadebesluit, maar bij het schadeveroorzakende besluit. De Studiegroep laat dat probleem voor wat het is.

Hoe groot is voor het overige de winst van het opheffen van de verplichting om, alvorens naar de rechter te kunnen stappen, in zowel aanvraag- als bezwaarschriftprocedure in gesprek te gaan met het bestuur? Elders hebben wij betoogd dat het huidige systeem, waarbij de reactie van het bestuur op een verzoek om schadevergoeding in de discussie bij de rechter centraal staat, zo gek nog niet is.²³ Het mooie van dat systeem is dat het bestuur, ook als dat moet reageren op een schadevordering, verplicht is zijn beslissing zorgvuldig voor te bereiden en afdoende te motiveren.

Dat biedt de gelaedeerde houvast en biedt hem tevens de mogelijkheid om na eventuele afwijzing van zijn primaire verzoek, in bezwaar (en zonodig daarna in beroep) zijn claim met betere argumenten te onderbouwen.

De voorgestelde verzoekschriftprocedure maakt de gang naar de rechter wel erg gemakkelijk. Een briefje aan het bestuur, acht weken wachten, en daarna kun je als gelaedeerde los. Dat is gunstig voor wie wordt bijgestaan door een gespecialiseerde advocaat, maar niet voor iemand die de vaardigheid mist om op eigen kracht effectief te procederen.²⁴ Die bevindt zich voor hij er erg in heeft bij de rechter, waar hij geheel en al op zichzelf is aangewezen, want er is geen besluit van het bestuur waar hij zich bij zijn standpuntbepaling op kan oriënteren. Als de rechter vervolgens als uitgangspunt hanteert dat partijen uit eigen beweging hun stellingen voldoende aannemelijk moeten maken en spontaan het daarvoor benodigde bewijsmateriaal dienen aan te dragen²⁵, moet hij van goede huize komen om zijn claim te kunnen verzilveren.

Misschien loopt het anders en grijpen de bestuursrechters de verzoekschriftprocedure aan om de ongelijkheidscompensatie in ere te herstellen. Daar is de hoop van de Studiegroep op gevestigd. Zo wordt in de memorie van toelichting opgemerkt: 'Op grond van artikel 8:68, eerste lid kan de rechter tot slot procedurele aanwijzingen geven over de te bewijzen feiten' en: 'Hiervoor is er al op gewezen dat van de rechter, met name bij meer complexe schadeverzoeken, een actieve opstelling verwacht mag worden.'²⁶ De eerste opmerking impliceert dat de rechter royaal gebruik zal gaan maken van zijn bevoegdheid de procedure na de zitting een vervolg te geven, iets wat tot aanzienlijke vertraging van zijn beslissing over het schadeverzoek kan leiden. Bij de tweede opmerking komt de gedachte op dat complexe schadeverzoeken een gedegen discussie tussen partijen verdienen alvorens ze bij de rechter terechtkomen. Enige garantie dat ze die krijgen, is er onder het huidige stelsel wel, maar – afgaande op het Voorontwerp – in de toekomst niet meer.

23. K.J. de Graaf & A.T. Marseille, 'De bestuursrechtelijke Schade Verzoekschrift Procedure: niet doen svp', *Gst.* 2007/7265, 1, p. 1-7.

24. De stelling van Kortmann (2007, p. 132) dat een verzoekschrift aan de rechter waarschijnlijk beter onderbouwd zal zijn dan een verzoek aan het bestuursorgaan overtuigt ons dan ook niet.

25. CRvB 1 juni 2005, JB 2005/237, m.nt. Wenders.

26. Voorontwerp Awb, p. 48-50 (MvT bij art. 8:94).

Tot slot nog een opmerking over de uitspraakbevoegdheden van de bestuursrechter in de schadeverzoekschriftprocedure. Ook op dat punt moet de winst van het voorstel van de Studiegroep worden gerelativeerd. Weliswaar leidt een schadeverzoekschriftprocedure per definitie tot duidelijkheid over de (hoogte van de) aanspraak op schadevergoeding, maar de huidige procedures kunnen die zekerheid evenzeer bieden. Immers, als de bestuursrechter een beroep tegen een zelfstandig schadebesluit gegrond verklaart, kan hij steeds van zijn bevoegdheid gebruikmaken om zelf in de zaak te voorzien en in zijn uitspraak de hoogte van de schadevergoeding bepalen.²⁷

3. DE STUDIEGROEP OVER NADEEL: ÉÉN INGRIEP LOST ALLE PROBLEMEN OP

Rechtmatig overheidshandelen kan nadeel veroorzaken. Wordt het nadeel veroorzaakt door een besluit, dan zijn er – zo zagen we eerder – nauwelijks procedurele problemen om duidelijkheid te krijgen over de vraag of aanspraak bestaat op nadeelcompensatie. Wij

den opgenomen. De reactie van een bestuursorgaan op een verzoek om compensatie van nadeel dat is ondervonden door de rechtmatige uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid of taak, wordt steeds als nadeelcompensatiebesluit aangemerkt.²⁹ Daarmee wordt zowel het principiële als het praktische probleem dat aan de huidige nadeelcompensatieprocedures kleefte, opgelost.³⁰ Immers, elk geschil over de vraag of, en zo ja, hoeveel nadeelcompensatie het bestuur verschuldigd is aan degene die nadeel heeft ondervonden van een rechtmatige handeling van het bestuur, kan – bij uitsluiting van de civiele rechter – aan de bestuursrechter worden voorgelegd. Of de nadeelveroorzakende handeling een besluit is of niet, doet er niet meer toe. Evenmin is van belang of het besluit van het bestuur over de nadeelcompensatie al dan niet is gebaseerd op een wettelijke regeling of een beleidsregel. Tegen elk nadeelcompensatiebesluit staat (nadat de bezwaarschriftprocedure is doorlopen) beroep open bij de sector bestuursrecht van de rechtbank, en in het vervolg daarop hoger beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State.

Voor het overige bevat het Voorontwerp van de Studiegroep – met een uitzondering – geen verstrekkende of verrassende voorstellen. Het criterium voor schadevergoeding is het welbekende *égalité*-beginsel, het bestuur krijgt de mogelijkheid van de aanvrager een recht van ten hoogste € 500 te heffen, het bestuur moet binnen acht weken op de aanvraag reageren (of binnen zes maanden, als het een deskundige inschakelt ter beoordeling van de aanvraag) en de aanvraag kan worden afgewezen als die wordt ingediend langer dan vijf jaar nadat de benadeelde bekend is geworden met het nadeel en het daarvoor verantwoordelijke bestuursorgaan.

Het meest verrassende van het Voorontwerp op het punt van nadeelcompensatie is dat aan degene die nadeelcompensatie voor een rechtmatige daad wenst, de door de Studiegroep zo geprezen genoegens van de verzoekschriftprocedure worden onthouden. Wie schade lijdt door een rechtmatig besluit, kan niet direct een verzoek om nadeelcompensatie richten aan de rechter. In plaats daarvan moet hij eerst bij het bestuursorgaan een aanvraag om nadeelcompensatie indienen. Is hij met de reactie van het bestuursorgaan niet tevreden, dan kan hij nog steeds niet direct bij de rechter terecht, maar moet hij een bezwaarprocedure doorlopen. De bevoegde rechter is te allen tijde, ongeacht de gecompliceerdheid en de hoogte van de claim, de bestuursrechter.

Op zichzelf vinden wij het prachtig dat de behandeling van het geschil over nadeelcompensatie plaatsvindt in het stramien aanvraag-bezwaar-beroep. Maar rechtvaardigt het verschil tussen schadevergoeding en nadeelcompensatie dat de ene categorie geschillen via een geheel andere procedure wordt afgedaan dan de andere? De overeenkomsten tussen de beoordeling van schadevergoedings- en nadeelcompensatieclaims zijn vele malen groter dan de verschillen. In beide ge-

Alle rechterlijke instanties waarvan kan worden aangenomen dat ze graag geschillen over schadevergoeding behandelen, krijgen een deel van de geschillen toegewezen.

signaleerden ook dat het principieel onbevredigend is dat het bestuur, door al dan niet een beleidsregel op te stellen over nadeelcompensatie voor niet appellabel bestuurlijk handelen, bepaalt of tegen de reactie op nadeelcompensatieverzoeken die op dat handelen betrekking hebben bij de bestuursrechter of de civiele rechter kan worden opgekomen. Praktisch gezien, is er een probleem als het ondervonden nadeel deels wel, maar deels ook niet valt binnen de kaders van een wet of beleidsregel.²⁸

Het voorstel van de Studiegroep houdt in dat in hoofdstuk 4 van de Awb regels over nadeelcompensatie wor-

27. B.J. van Eltekoven, 'Alternatieven van de bestuursrechter (observaties vanuit de eerste lijn)', preadvies VAR, in: B.J. van Eltekoven, M.A. Pach & I.C. van der Vlies, *Alternatieven van en voor de bestuursrechter (VAR-reeks 126)*, Den Haag: BJu 2001, p. 86.

28. ABRvS 23 juli 2003, AB 2004, 275, m.nt. Verheij.

29. Uitzonderd zijn het vaststellen van een wet in formele zin en strafvorderlijk optreden van de overheid.

30. Zie over vraagpunten die desondanks resteren: G.M. van den Broek, 'Het voorontwerp voor een algemene nadeelcompensatieregeling in de Awb', O&A 2007, p. 119-128.

vallen is de discussie over de (on)rechtmatigheid van het schade- of nadeelveroorzakende besluit een gepasseerd station. Bij schade omdat de bestuursrechter heeft uitgesproken dat het besluit onrechtmatig is, bij nadeel omdat de benadeelde aanvaardt dat het rechtmatig is. Ook de punten die wel in discussie kunnen zijn, verschillen niet van elkaar: de causaliteit, de relativiteit, de omvang van de schade, de eventuele eigen schuld, de mogelijke verjaring. En zelfs waar er een verschil is (bij onrechtmatig handelen komt de volledige schade voor vergoeding in aanmerking, bij rechtmatig handelen alleen de schade die uitgaat boven het normaal maatschappelijk risico), vormt dat geen overtuigende verklaring voor het verschil in procedurele behandeling van beide soorten claims. Immers, ook op dat punt is er geen extra verantwoordelijkheid van het bestuur die rechtvaardigt dat een nadeelcompensatieclaim niet direct aan de bestuursrechter zou kunnen worden voorgelegd. Het enige relevante argument dat het verschil in procedure kan billijken (het wordt door de Studiegroep ook gebruikt), is dat het bij het beoordelen van een verzoek om nadeelcompensatie nogal eens gaat om grote aantallen vergelijkbare verzoeken. Het bestuur moet dan de mogelijkheid hebben een beslissing over die claims te nemen, voordat de rechter wordt ingeschakeld.

Het valt op dat de Studiegroep bij het aanprezen van de schadeverzoekschriftprocedure vooral principiële argumenten hanteert, en bij het onderbouwen van de keuze voor de bezwaar- en beroepsprocedure in het geval van nadeelcompensatiebesluiten ineens heel pragmatisch is: 'De bestaande nadeelcompensatieregelingen, die ook uitgaan van het besluitmodel, blijken in de praktijk goed hanteerbaar', en: 'Het besluitmodel is ook nuttig omdat het bestuursorgaan door zijn betrokkenheid bij het schadeveroorzakende complex van besluiten of handelingen het best in staat is een eerste beoordeling te maken van de gegrondheid van het verzoek.'³¹

Dat alles lezen wij met instemming. Het sterkt ons in de gedachte dat de afhandeling van schadevergoeding en nadeelcompensatie in het bestuursrecht zou moeten plaatsvinden in de vorm van bezwaar en beroep tegen een besluit.

4. CONCLUSIE

Het verhaal van het Voorontwerp overtuigt zo lang het de nadeelcompensatie betreft, maar niet meer zodra schadevergoeding aan de orde is. Voor zover van een wetsvoorstel mag worden verwacht dat het de zaken voor de gebruikers (derhalve primair de burgers die schade hebben geleden door de rechtmatige of onrechtmatige uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden door de overheid) gemakkelijker maakt, en het rechtssysteem logischer en mooier, stelt het Voorontwerp op het punt van de schadevergoeding nogal teleur.

Teleurstelling kan op ten minste twee manieren worden getemperd: door begrip of door hoop op iets be-

ters. Kan op een of andere manier worden begrepen of verklaard waarom de Studiegroep voor wat betreft de schadevergoeding met een Voorontwerp met deze inhoud is gekomen? Een verklaring lijkt in elk geval niet gelegen in de wens de procedure eenvoudiger en het systeem logischer of mooier te maken. Is de inhoud van het Voorontwerp vanuit een ander gezichtspunt wel te begrijpen? De meest voor de hand liggende verklaring is wat ons betreft het belang van een evenwichtige verdeling van geschillen betreffende schadevergoeding en nadeelcompensatie over de verschillende rechterlijke instanties die zich met het bestuursrecht bezig houden. Immers, alle rechterlijke instanties waarvan kan worden aangenomen dat ze graag zaken over schadevergoeding behandelen, krijgen een deel van de geschillen toegewezen. Was dat de centrale doelstellingen van het voorontwerp geweest, dan had de Studiegroep een prima resultaat geboekt. Resteert de vraag of er hoop is op iets beters. Voor wat betreft de voorstellen over nadeelcompensatie is die vraag in zekere zin buiten de orde. Die voorstellen verdienen het zo snel mogelijk te worden ingevoerd. Voor wat betreft de schadevergoeding hopen wij wel op iets beters, namelijk op een wijziging van de Awb die 1) is gebaseerd op inzicht in de aard en omvang van de problemen die de huidige procedures in de praktijk opleveren, 2) aandacht heeft voor de vraag bij welk soort procedure burgers en overheid het meest gebaat zijn en 3) zorgt voor een rechtsmachtverdeling die op zijn minst even helder is als de huidige. ■

³¹ Voorontwerp Awb, p. 21 (par. II.4.3).